

ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

# LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE LA CORUÑA ANTE LA PROBLEMATICA DE LOS APROVECHAMIENTOS DE AGUAS DE GALICIA

Discurso leído el día 17 de octubre de 1980, en la  
solemne sesión de ingreso del Académico de Número

ILTMO. SEÑOR

DON JOSE ANTONIO GARCIA CARIDAD

y contestación del

EXCMO. SEÑOR

DON EMILIO GONZALEZ LOPEZ



LA CORUÑA

1980

DEPOSITO LEGAL: C. 472-1978

---

GRAFICAS VENUS - ANGEL REBOLLO, 42-44 - LA CORUÑA

**I**

**DISCURSO**

DEL ILTMO. SEÑOR

**DON JOSE ANTONIO GARCIA CARIDAD**



Excelentísimo Señor Presidente:  
Excelentísimos Señores:  
Señores Académicos:  
Señoras y Señores:

## INTRODUCCION Y PRINCIPIOS GENERALES

Tienen que ser mis primeras palabras, en este acto de cumplimiento del deber estatutario de lectura de mi discurso de ingreso en esta Academia, de agradecimiento y de petición anticipada de disculpas.

De agradecimiento, por el alto honor que me habeis dispensado al acogirme en esta docta Corporación, sin más méritos que mi decidida vocación jurídica a través de mi actividad judicial y mi entusiasmo, eso sí, por todo lo que a Galicia se refiere.

Y de petición de benevolencia cuando os surja la inevitable comparación mental de este discurso con los verdaderamente magistrales que en este mismo salón han leído otros Académicos. ¡Sólo con la fundada esperanza de que la amistad que me profesais me arrope, oso llevar a cabo este cometido estatutario!

Diversas fueron las tentaciones que tuve al ponerme a elegir tema para la elaboración de este discurso, pues varios eran los que, en la previa labor de búsqueda, suscitaban mi curiosidad. Desde luego, dos cosas tenía claras en mi intención y eran que se tratase de un tema relacionado con Galicia y que, además, fuera de índole eminentemente práctico, pues, sin falsa modestia, era y soy consciente de que mi preparación no es más que la de un Práctico del Derecho, que lleva ya más de veinticinco años —y de ellos más de veintitrés en Galicia— en la dura brega de administrar justicia; y fue, precisamente esa consideración la que me hizo pensar que también nosotros, los prácticos del Derecho, contribuimos, en algún modo, a la matización y enriquecimiento de los conceptos jurídicos elaborados por el legislador,

en íntima conexión con las creaciones de la doctrina científica, a la que muchas veces damos ese hálito vital, que las hace penetrar en el torrente de la vida real, saliéndose, así, de la torre de marfil en que se elaboraron, aunque lo fuera estudiando o haciéndose eco de aquella realidad viviente.

Y de ahí, surgió mi decisión de escoger como tema de este discurso el de la posición de la Audiencia Territorial de La Coruña frente a la problemática que plantean los aprovechamientos de aguas en Galicia, queriendo con ello, además, rendir público tributo de admiración a esa callada labor que la Audiencia vino haciendo, para muchas veces tratar de ahormar la norma dictada con carácter general para toda España, a las peculiaridades de la vida jurídica gallega. Puedo aseguraros que en el manejo de los libros de sentencias de los últimos cuarenta años, que llevé de modo exhaustivo a cabo, lo que más me admiró, además de los raudales de sabiduría jurídica que en ellos están enterrados, fue la perspicacia con que aquellos Magistrados que nos precedieron aplicaban las normas desconocedoras de las peculiaridades jurídicas de Galicia y que ellos conocían personalmente o veían aflorar en los escritos forenses, para tratar, con los instrumentos legales de que disponían, de conseguir una auténtica paz jurídica, adoptando, incluso en algunos casos, posturas de auténtica valentía personal, cuál ocurrió con los montes vecinales en mano común, al declarar, en unos momentos en que el fuerte Poder central trataba de imponer la administrativización de los mismos, que eran de la propiedad privada de los vecinos y no del Estado, Diputaciones o Municipios, por mucho que éstos organismos los tuvieran inscritos en sus Catálogos e Inventarios.

Por otra parte, la importancia del agua, en general y por tanto, toda su problemática, es obvia, hasta el punto que se ha llegado a decir de ella, que es la riqueza económica por excelencia y que para un Estado y para un pueblo, el agua es la riqueza soberana, alimento y abono, fuerza y camino. El pueblo capta perfectamente esta realidad y prueba de ello es, como hace notar Luis Jordana de Pozas en un interesante trabajo, que en una encuesta hecha recientemente en Norteamérica, para averiguar cual era estimado como el mayor progreso de nuestra época, arrojó una abrumadora mayoría la que señalaba el hecho de la generalización del agua corriente en cada hogar, como el más grande de los adelantos logrados modernamente y es, como

añade en inspirada frase ese autor, que el abastecimiento de agua en las viviendas hace del más humilde de los vecinos un Moisés, siempre seguro de que se producirá el milagro de que mane agua a medida de su deseo.

El tema de las aguas en Galicia siempre fue, y más aun hoy día, de una importancia relevante, pues puede asegurarse, sin temor a caer en exageración, que el agua es en esta tierra el elemento económico característico, dándole la fisonomía de frescura y verdor, que le es peculiar. ¡Que bien sabemos esto los que hemos servido Juzgados rurales! Pero aunque es casi tópico que en Galicia sobran aguas, la realidad es que el aprovechamiento de las mismas, antes sólo para regadío y ahora para usos más complejos, fue siempre polémico, como lo evidencia el gran número de pleitos que por ellas se han seguido siempre e incluso diligencias penales por hechos provocados por su aprovechamiento, hasta el punto de que no es raro encontrarnos en las sentencias de la Audiencia sobre esta materia, con referencias a la reiteración de este tipo de pleitos, cual hace, entre otras, la Sentencia de 14 de marzo de 1951, que, haciéndose eco de esa realidad, en su primer Considerando dice, que el pleito que ella decide se presenta «como uno de tantos conflictos provocados en el campo de esta región con motivo del aprovechamiento de las aguas de riego, que, escasas para las necesidades colectivas, suscitan la apetencia desordenada de los agricultores para echar mano de las que tienen cerca de sus predios, máxime si el titular no reside en el lugar, pués entonces, su ausencia habitual hace que falte el cuidado que debiera y pudiera poner en la continuidad de la posesión efectiva y facilita la clandestinidad del uso por los vecinos, como remedo o semejanza de aprovechamiento en concepto de dueño, que disimuladamente preparan de tal manera para oponerse en su día a la reivindicación que el titular legítimo pueda proponer». ¡Ladrones de agua llaman nuestros campesinos a los que esto hacen y la frase es por sí sola expresiva!

La razones de que, pese a tener Galicia una pluriferada red de corrientes superficiales y, por ser su subsuelo híbrido, abundancia de capas acuíferas a poca profundidad, queden insatisfechas muchas necesidades de nuestro campo, están estudiadas perfectamente, señalándose, como principales, lo exiguo de la capa de suelo meteorizado, es decir, suelo agrícola y su enorme permeabilidad, lo que provoca que la mayoría de

nuestros suelos sean ácidos del tipo pardo podsólico, como se puso de manifiesto en los estudios realizados por el Consejo Económico Sindical del Noroeste del año 1964, en los que se afirma que el cincuenta y ocho por ciento de los suelos gallegos están comprendidos dentro de este tipo.

Indudablemente los Tribunales de Justicia de Galicia en su misión en esta materia se encontraron con el pié forzado de una legislación dictada, sobre todo, para tierras de secano y desconocedora de las peculiaridades climáticas, orográficas y principalmente, de la estructura agraria gallega, aun cuando en otros aspectos sea merecedora de elogio. E incluso la Compilación de nuestro Derecho Civil Especial, erróneamente, se limitó a mencionar en un único artículo, el noventa, el llamado aprovechamiento «de torna a torna» o «aguas de pillota» y sólo para regular el derecho a poner fin a tal forma de aprovechamiento, como si de una comunidad ordinaria se tratase, olvidando que existen otras formas consuetudinarias de aprovechamiento de aguas, como son las Kendas o reparto periódico de las mismas y el Prorrateo según las superficies necesitadas de riego en cada momento por los labradores usuarios de ellas al criterio de la mayoría de ellos, como ponen de manifiesto Alfredo García Ramos en su interesantísima obra titulada «Arqueología Jurídico-Consuetudinaria-Económica de la Región Gallega», Benito Blanco-Rajoy Espada en su trabajo sobre «Diversas formas de condominio en la región gallega» y Bonet Correa en el trabajo titulado «Variedades consuetudinarias del valle de Neira de Rey de la provincia de Lugo», siendo de resaltar, como puso de manifiesto Sebastián Martínez Risco y Macías en un Seminario sobre aguas, organizado por esta Academia y el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña, que estas formas peculiares de aprovechamientos de aguas en forma colectiva y sin necesidad de intervencionismos oficiales, son piedra de toque del carácter pacífico, transigente y apto para la vida comunitaria, del campesinado gallego, cuando la norma jurídica aplicable es comunitariamente asumida, como emanada de usos jurídicos por ellos engendrados, lo que supone un rotundo mentís a la manoseada leyenda de su insolidaridad que muchas veces se emplea. ¿Que de extraño tiene que nuestros campesinos no se sientan identificados con unas normas que, pese a su corrección en sentido abstracto, no resuelven adecuadamente sus especiales necesidades, aun cuando, llegado el conflicto, se amparen en las mismas para defender por vía oblicua su postura?



No es extraña su convicción de estimar esas normas como algo que les ajeno e impuesto, cuando nuestra propia Compilación, que teóricamente era la que debía calar más profundamente en ellos por recoger el «costumario» popular, marra al tratar, como vimos, la única forma consuetudinaria de aprovechamiento de aguas que regula, la de «pillota», pues, olvidando que en ella el agua realmente ya está dividida, aun cuando lo sea en mayor o menor continuidad en cuanto al tiempo y a la porción aprovechable por el usuario que primero la capte lo que imposibilita, tanto física como jurídicamente, declararla divisible se limita, como ya dijimos, a regularla como si de una comunidad ordinaria se tratase, para permitir que cualquiera de los usuarios pueda poner fin a esta forma tradicional de aprovechamiento, cuando es evidente que en la misma no existen entre sus titulares los vínculos, derechos y obligaciones de comuneros, sino solo titularidades coincidentes en un mismo objeto.

De todas formas, es forzoso reconocer que, a diferencia de lo que ocurre en otras materias, en la de aguas nuestro costumario no es amplio, quizás porque, como se ha puesto de manifiesto por los estudiosos del Derecho comparado, es un hecho constatado que las normas e instituciones jurídicas relacionadas con el agua son tanto más complejas, desarrolladas e incluso perfectas, cuanto mayor es la escasez de dicho elemento y que allí donde el agua es abundante su derecho regulador es más elemental y no necesita de las instituciones que requieren los países áridos, pues también está demostrado que el grado de escasez de agua es sensiblemente paralelo al mayor o menor predominio del factor público respecto del privado en el derecho que regula la propiedad y los derechos de uso y aprovechamiento de las aguas.

La razón de que las normas jurídicas que se aplican en esta materia no se adapten, en el grado que sería de desear, a las condiciones peculiares de Galicia obedecen, fundamentalmente, a que fueron ajenos a su problemática los elementos que condicionaron o influyeron, en su promulgación. Hoy ya nadie se rasga las vestiduras cuando se afirma, que siempre los llamados grupos de presión económica han influido en la elaboración de las normas jurídicas, sobre todo en las relacionadas con la propiedad en cualquiera de sus formas, por lo que no puede extrañarnos que esa influencia se haya manifestado en un tema, como el de las aguas, en el que lo económico juega un importante

papel. Y para llegar a poder hacer esta afirmación no es preciso recurrir a las teorías marxistas, pues, como ha demostrado el jurista americano Roscoe Pound en su obra «Las grandes tendencias del pensamiento jurídico», la interpretación económica del Derecho o el llamado determinismo económico arranca, de la jurisprudencia analítica de Bentham y de la Escuela Histórica de Savigny.

Los precedentes de la legislación de aguas en España, anteriores al pasado siglo, son muy escasos, hasta el punto de que los autores especializados solo citan cuatro del Fuero Juzgo (Leyes, 28, 29, 30 y 31, Título IV, Libro VIII), un breve Título del Fuero Viejo (Título VI del Libro VI) y siete Leyes de la Partida Tercera, poniendo de manifiesto que su contenido se limita a la declaración de comunales de las aguas de lluvia, a la prohibición de distraer las aguas de los ríos de su curso natural en perjuicio de otros, a dar preferencia para ciertos aprovechamientos a los más antiguos sobre los más modernos, al establecimiento de ciertas servidumbres y a la libertad de abrir fuentes y pozos en heredad propia. Paso importante lo dieron las Cortes de Cádiz por medio de su Decreto de 6 de agosto de 1811, al abolir los privilegios de los señores territoriales, siendo fruto de ese ideario la Real Orden de 14 de marzo de 1836, que estableció la necesidad de autorización administrativa para todas las obras y aprovechamientos de aguas, lo que culminó en la Ley de 2 de abril de 1845, que atribuyó a la Administración la competencia para entender en el régimen y distribución de las aguas. Ardua lucha fue la que en estas épocas tuvo que sostener, contra los restos de los antiguos señoríos, la Administración a través de los funcionarios que ella enviaba por toda la geografía española. Recuerdo con grata admiración, sobre este particular, la conferencia que en este mismo salón pronunció Don Ramón Otero Pedrayo poco antes de morir, en la que trazó un ameno y magistral cuadro de como esos funcionarios influyeron en la variación de la forma de ser de las sociedades provincianas de aquellos tiempos.

La necesidad de una adecuada regulación de los aprovechamientos de aguas era, pues, evidente y acuciante a mediados del pasado siglo, pero la complejidad de la materia y los intereses contrapuestos que la misma había de armonizar, hicieron que la tramitación de la primera Ley, la de 1866, fuese larga, ya que se inició con los proyectos, independientes entre sí, de Ar-

danar (1857), Areitio (1858), Franquet (1859) y el de la Sociedad Aragonesa de Amigos del País (1860), tardando la Comisión, para ello nombrada, cuatro años en elaborar el proyecto que fue elevado al Gobierno en 1863, el que fue discutido árdamente en el Senado durante tres legislaturas hasta convertirse en Ley. Pero, como reiteradamente se pone de relieve por los estudiosos del tema, las circunstancias políticas no eran favorables para el arraigo de esa novedosa Ley, como tampoco lo era la continuada anormalidad administrativa. Era la época de las cesantías de los funcionarios a cada cambio de Gobierno. Solo la paz y la normalidad administrativa, que aseguró la Restauración Monárquica de Cánovas, fueron las que crearon el clima propicio para su arraigo; pero esa restauración, al continuar asegurando el poder a los terratenientes, como hace notar el Profesor Alejandro Nieto, exacerbó en esta materia la influencia de tal clase en la elaboración de la vigente Ley de 13 de junio de 1879, haciéndose en ella una glorificación de la propiedad inmobiliaria a costa de los derechos del inventor, al concederse al propietario del suelo con el carácter de auténtico derecho subjetivo, y por tanto, tutelado por los Tribunales, el privilegio de la exclusiva de perforar el suelo en busca de agua, como si ésta fuese un simple accesorio de aquél, aun cuando se tratase de equilibrar ese poder con la limitación de que con ello no se lesionaran derechos de anteriores alumbramientos.

Como características esenciales de la vigente Ley de Aguas se señalan por la doctrina las siguientes: 1.<sup>a</sup> —Que por ser los anteproyectos en que se basó, valencianos, murcianos y aragoneses, la misma se inspiró, preferentemente, en el Derecho, instituciones y necesidades de las regiones españolas de mayor aridez, con la consecuencia, ya indicada, del predominio del punto de vista administrativo sobre el civil, a fin de favorecer el uso del agua para los fines de mayor interés público, de donde derivan la protección y estímulo otorgado a los aprovechamientos eventuales, que se anticipen en año y día a los anteriores en el curso de las aguas; 2.<sup>a</sup> —Que, pese a ese predominio del punto de vista administrativo en una época en que su Derecho era incipiente y con mínima fiscalización jurisdiccional, la Ley está saturada de un verdadero sentido jurídico, tendente a respetar los derechos adquiridos y a que se eviten o indemnicen los perjuicios causados y finalmente, 3.<sup>a</sup> —Que, en lo referente a la jurisdicción, la Ley generalizó los Tribunales o Jurados, para las

cuestiones de hecho entre los interesados en el riego y repartió las demás entre los Tribunales ordinarios y los de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según el carácter material de las cuestiones controvertidas fuese civil o administrativo, aunque hay que reconocer en este aspecto no fue lo suficientemente explícita y pormenorizada, como lo demuestra la multitud de Decretos decisores de competencia, que hubo que dictar hasta la fecha, para dirimir los conflictos jurisdiccionales entre la Administración y los Tribunales ordinarios en esta materia.

Si ya esta Ley, pese a sus indudables aciertos en muchos aspectos, era en su origen desconocedora de los peculiares problemas que Galicia planteaba en cuanto a las aguas y, por tanto, en muchos casos inadecuada para resolverlos, con el transcurso del tiempo tal inadecuación se ha agravado en diversos aspectos, pues para nadie es un secreto, que todo lo que se refiere al agua y a sus aplicaciones, en la última centuria, que es la vigencia de la Ley, ha sufrido mayores cambios que en los mil años que le precedieron. Basta citar las nuevas técnicas de alumbramiento y la industrialización con sus secuelas de vertidos, que amenazan en muchos casos convertir nuestros ríos, arroyos y rías, en auténticos muladares, aparte de la mayor apatencia de tierras de horticultura y del uso generalizado del agua en los hogares, fruto del aumento del nivel de vida, para darnos cuenta de los graves problemas que en este terreno se avecinan, hasta el punto de que la doctrina y los técnicos reiteradamente vienen poniendo de manifiesto, que el signo de escasez, que ya presidía nuestra vigente Ley, cada día se torna más angustioso e imperativo de la fijación de nuevos criterios de preferencia entre las diversas clases de aprovechamientos y de prelación entre los de la misma clase, tanto para la concesión como para la indemnización.

La cuestión de la norma jurídica aplicable en esta materia se complica sobremanera, pues, además de la Ley de Aguas y del Código Civil, existe una legislación complementaria, que en vez de estar constituida por el Reglamento que la propia Ley anunció, está formada por más de trescientas disposiciones de diferentes rangos, que, a veces, solo están derogadas unas por otras parcialmente, lo que la convierte en un inextricable bosque en el que da verdadero pánico internarse cuando el caso litigioso lo requiere.

¿Cual fue y es, la postura de la Audiencia ante esta problemática?

Logicamente, no puede pretenderse que sus Sentencias formen un cuerpo de doctrina sistematizado y abarcador de toda la panorámica que el tema de la aguas implica, ya que por la misión meramente casuística que a sus decisiones compete, aquel quehacer le es ajeno, pero, no obstante, en muchas de ellas sí debe destacarse que se aprecia una cierta tendencia a liberarse de ese rígido molde, conscientes sus redactores de que en su misión de realizar, en el grado máximo posible, la aproximación del Derecho al hecho, para poder lograr la adecuación del mismo a la vida social, que también es tarea suya indeclinable, es preciso desarrollar una tarea funcional de individualización, lo que, a veces, comporta integrarlo con soluciones no directamente previstas en la norma y, dentro de ciertos límites, adaptarlo a la vida real, rejuveneciéndolo, matizando la norma jurídica general en obligada adaptación a la realidad concreta en que están inmersas las partes litigantes. Esta misión, hasta épocas recientes mirada con recelo, por imperio de una rígida interpretación del principio de separación de poderes, en la actualidad ya está en cierto modo, reconocida por el nuevo Título Preliminar del Código Civil, al decir, en el número 6 de su artículo 1.º que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho».

Al leer los libros de Sentencias de esta Audiencia, pronto se advierte cuales son los problemas que con relación a las aguas más reiteradamente se plantean en Galicia. A estos es a los que yo, por razón del tiempo a emplear en estos actos, me he de referir aquí, dejando para un trabajo posterior, que yo prometo a la Academia, la sistematización de todas las sentencias dictadas por la Audiencia en los últimos cuarenta años en esta materia. Esa reiteración evidencia no solo cuales son las cuestiones de aguas más conflictivas en Galicia, sino también los desfases de la Ley con la realidad jurídica gallega.

Examinemos esas cuestiones:



## **I.—SOBRE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS.**

Muchas sentencias, de las que nos sirve de muestra la de la Sala Segunda de fecha 22 de diciembre de 1955, se preocupan de diferenciar aquellos derechos que se derivan del hecho de ser su titular propietario del predio en que emergen las aguas, en los que se es dueño de las mismas por dominio privado, mientras discurren por dicho predio (artículo 5.º de la Ley de Aguas y artículos 408, número 1 y 412 del Código Civil) de aquellos otros casos en que se trate de un aprovechamiento sin relación alguna con la propiedad del predio en que nacen, pues mientras las primeras se ganan por cualquiera de los modos ordinarios de adquirir el dominio, las segundas, si de aguas públicas se trata, solo se ganan por prescripción o por concesión.

La diferenciación en cuanto al trato legal que unos y otros merecen es importante, pues no puede olvidarse que ya en el momento de la promulgación de la Ley y mucho más en la actualidad, existió una acalorada discusión en cuanto a distinguir lo que es dominio y aprovechamiento de aguas, tema en el que hay que reconocer reina una gran desorientación fruto de los grandes intereses que aquí están en juego, lo que ha provocado el olvido de los principios proclamados por la Ley y permitido una interpretación extensiva del concepto de las aguas de dominio privado y hasta la curiosa figura de la concesión administrativa de aguas previamente consideradas de dominio particular, pues frente al criterio marcadamente estatalista, que tuvieron los redactores de la Ley de Aguas, los del Código Civil fueron más individualistas y terminaron, por el rango y prestigio de la Ley por ellos elaborada, por triunfar pese a que ya la Exposición de Motivos de la Ley de 1866 se había hecho eco de tal

cuestión, trazando como uno de los principios cardinales a seguir, la conveniencia de declarar de dominio público todas las corrientes de agua, como único medio de distribuirla con acierto y de conciliar las necesidades de la navegación, de la agricultura y de la industria, aunque reconociendo su susceptibilidad de apropiación para aprovechamientos limitados, por lo que de forma clarificadora matizó la distinción entre dominio y aprovechamiento diciendo que «juzga la Comisión indispensable determinar los caracteres generales que separan y diferencian el aprovechamiento del dominio. Este es un derecho absoluto e ilimitado sobre la cosa, que nos autoriza para hacer libremente de ella el uso que nos plazca, siempre que no lastimemos el derecho de otro... El aprovechamiento, por el contrario, es un derecho limitado, sujeto a las condiciones impuestas por quien lo concede y que no autoriza para abusar, sino solo para usar en la forma y para el objeto concedido. **El aprovechamiento es el uso a que por la misma naturaleza se hallan destinadas las cosas comunes**, revestido de aquellas formas que el Poder Público juzga indispensable para evitar conflictos y para que a todos alcance ese uso cuando es posible».

Hermosas palabras, perfectamente suscribibles aun hoy día, en que ya el derecho de propiedad está en muchos aspectos limitado en aras a su llamada función social, pues todos sabemos que la función del Derecho, si bien tiende a asegurar la reproducción de un sistema social, también debe propiciar su transformación, por cauces pacíficos, a través de la compatibilización de las relaciones sociales, es decir, reduciendo al máximo el margen de lucha, de conflicto, presente siempre en toda sociedad, tratando de solucionar pacíficamente ese conflicto allí donde aparezca.

No obstante lo anteriormente expuesto, en la mayoría de las sentencias, llegado el momento de analizar las facultades dimanantes del Derecho de aprovechamiento de aguas, quizás por la formación predominantemente civilista de quienes las dictaron, se equiparan todos los aprovechamientos en cuanto a su naturaleza, calificándolos como supuestos de dominio, aun cuando reconociendo siempre una mayor limitación de los ganados sobre aguas públicas, con lo que se olvida que, doctrinalmente y por propia naturaleza jurídica, el dominio de las aguas públicas es imprescriptible, ya que si bien el artículo 409 del Código Civil dice que «los aprovechamientos de las aguas públicas se ad-



quieren por prescripción de veinte años», ese precepto no debe desconectarse del artículo 409 de la Ley de Aguas, que se limita a decir que, el que durante ese tiempo hubiese disfrutado un aprovechamiento sin oposición, **continuará** disfrutándolo y que para la exposición de motivos de dicha Ley, verdadera exégesis auténtica de la misma, la prescripción del aprovechamiento de aguas públicas se equipara a una concesión tácita.

Y así, como muestra de lo que antes decíamos, podemos citar las sentencias de 31 de mayo de 1960 de la Sala Segunda y de 31 de diciembre de 1962 de la Sala Primera, que de modo categórico afirman que «la posesión continuada por veinte años de aprovechamiento de aguas públicas, sin oposición de autoridad o de tercero, aunque no se acredite la autorización correspondiente, se convierte en **título de dominio**, según el artículo 149 en relación con los artículos 8 y 13 de la citada Ley».

Y ese dominio incorporado al patrimonio de una persona, hasta el punto de que ya solo se pierde por el no uso durante otros veinte años, como dice la sentencia de la Sala Segunda de 14 de febrero de 1953, ratificando la doctrina de la de 17 de mayo de 1944 puede ser objeto de negocio jurídico por su titular e incluso, según la sentencia de la Sala Primera de 8 de noviembre de 1965 puede gravarse y arrendarse, argumentando para ello que «el aprovechamiento de unas aguas es, en general, compatible con el dominio del predio en donde éstas se utilizan, pero ello es compatible, igualmente, con un aprovechamiento especial, como propiedad especial e independiente, de tal forma que las aguas pueden gravarse, enajenarse, venderse, arrendarse, con independencia del fundo donde nacen o de aquel por donde se deslizan, ya que el artículo 299 de la Ley de Aguas de 1866 y el artículo 257 de la de 1879 dicen que todo lo dispuesto en esta Ley es sin perjuicio del dominio privado que tienen los propietarios de aguas de acequias y de fuentes o manantiales, en virtud de lo cual las aprovechan, venden o permutan, siendo más amplio el Código Civil porque no dice como aquellas leyes, propietario de aguas de acequias, fuentes o manantiales, sino propietario de aguas, de acequias y de fuentes o manantiales, separando por una coma la palabra aguas de las que le siguen, para comprender en la disposición todas las aguas de propiedad particular, **incluso las de los ríos**; propiedad de aguas independientes entre sí e independientes de la tierra».

Como decíamos antes, esta doctrina equiparadora de todo derecho de aprovechamiento de aguas a su dominio, aun cuando mayoritariamente, no es absoluta y así, la sentencia de 16 de abril de 1943 dice, que ejercitada acción sobre reconocimiento y posesión de aguas para riego de una finca, lo primero que hay que examinar es si tales derechos de dominio y posesión para el referido riego, recaen en el accionante, añadiendo, que «tratándose, como se trata, de aguas de un río, no puede darse en el demandante **por ser de dominio público** y así preceptuarlo los artículos 407 del Código Civil y número 1.º del artículo 4.º de la Ley Especial de Aguas en cuanto a la posesión de aprovechamientos de aguas públicas», matizando la sentencia de 30 de noviembre de 1948 que «de conformidad con lo dispuesto en el número 2 del artículo 407 del Código Civil las aguas del arroyo X (y es de resaltar que son las aguas de los arroyos las que, dada la redacción del artículo 412 del Código Civil, plantean el problema de su naturaleza pública o privada como pone de relieve toda la doctrina científica) pertenecen al dominio público, pero su aprovechamiento puede adquirirse por los particulares por prescripción de veinte años, según dispones el artículo 409 del Código Civil». Es decir, se trata de diferenciar los conceptos de dominio y aprovechamiento de aguas públicas y esa doctrina la sigue la sentencia de 6 de febrero de 1950, cuando ante la alegación de un demandado que, para defenderse de la acción contra él ejercitada por el dueño del terreno en que nacían las aguas que él venía disfrutando sin llegar a veinte años, invocó, con base en el artículo 11 de la Ley de Aguas, que el demandante carecía del derecho por no haber usado esas aguas durante los veinte años siguientes a la promulgación de la Ley, mientras él había ganado por año y día tal aprovechamiento, matiza, que esa invocación legal no es aplicable al caso litigioso, porque tal precepto solo se estableció para evitar que quien por abandono o desidia, no se beneficiara de las aguas que brotaran en su suelo pudiera impedir, con daño de la economía general, que otros lo hicieran, pero que la Ley se refiere a las aguas privadas captadas después del punto de salida del predio en que nacen, que es cuando dichas aguas adquieren la condición de públicas y susceptible su aprovechamiento de prescribirse, pues es sabido, que en tanto las aguas circulen continua o discontinuamente por el terreno en que brotan, son de su dueño, según el artículo 408 del Código Civil y 129 de la Ley de Aguas, es decir, que ningún

propietario de finca situada en plano inferior, ni colindante, tiene derecho a aprovechar aguas de dominio particular antes del punto de salida del terreno en que emergen, por lo que, aunque tales actos de aprovechamiento se realicen durante año y día, puede impedírseles el propietario, por ser atentatorio a su dominio».

¿Cual es la razón de esta disparidad de opiniones sobre si el derecho de aprovechamiento de aguas públicas integra o no un dominio? Francisco Alonso Moya, en un interesante trabajo publicado en la Revista de Administración Pública de enero-abril de 1951, a mi manera de ver, lo explica perfectamene, afirmando que, para el legislador, el dominio y aprovechamiento de las aguas son conceptos bien diferentes y que de esa diferenciación no puede prescindirse añadiendo «empero la contradicción de los números 2 de los artículos 4 de la Ley de Aguas y 407 del Código Civil, se ha buscado en el artículo 412 de este, que dice que el dueño de un predio en el que nace un manantial o **arroyo**, contínuo o discontinuo, puede aprovechar sus aguas mientras discurren por él. Para algunos, sigue diciendo, este precepto sirve de argumento fundamental para justificar la posibilidad de que las aguas corrientes por sus cauces naturales, arroyos e incluso ríos, pueden pertenecer al dominio privado, para otros, como De Buen, la conciliación entre el principio de que las aguas pertenecen al predio en donde brotan y el de que las aguas corrientes son de dominio público tiene lugar en este artículo 412, tanto en la parte transcrita, como cuando agrega, «pero las sobrantes entran en ia condición de públicas y su aprovechamiento se rige por la Ley Especial de Aguas». Para Alonso Moya ese artículo no perseguía más finalidad que referirse al aprovechamiento de las aguas de dominio privado y es cierto que bajo tal epígrafe se encuentra, como el primero de los que integran la Sección Tercera del Capítulo Primero del Título IV del Libro II, por lo que debió armonizarse con el número 1 y no con el 5 del artículo 408, pues el empleo de la palabra arroyo fue un lapsus de sus redactores, pero, en todo caso y supuesta la contradicción con el artículo 407, no puede prevalecer una norma referente al aprovechamiento de las aguas de dominio privado sobre la definidora de las aguas de dominio público, máxime si ésta se halla en completa conformidad con el criterio del legislador y el principio general que informa la Ley, de considerar de dominio público todas las corrientes naturales de aguas, con lo que solo serán aguas susceptibles de auténtico dominio privado

las contínuas o discontinúas, que nazcan en predios de dominio privado, sin constituir corrientes naturales y mientras discurren por los mismos predios.

En otro orden de cosas, diversas sentencias se preocupan de señalar los requisitos que han de concurrir para ganar el derecho al aprovechamiento y así, la Sentencia de 31 de diciembre de 1946 a la que sigue la de 6 de febrero de 1950, pone de manifiesto que para que la posesión de las aguas dé lugar a la adquisición de su aprovechamiento, ha de ser pacífica, pública y continuada, es decir, los mismos requisitos de la prescripción adquisitiva civil, por lo que en el caso enjuiciado, fundándose los demandados en la posesión, que decían haber ganado, estimó no válida esa posesión por afirmar que si venían en la posesión después de ser arrendatarios de las fincas regadas lo era por haber informado maliciosamente a quienes le sucedieron en el arrendamiento, con objeto de que no entorpecieran su indebido disfrute después de la dejación de las fincas al arrendador.

## II.— SOBRE LA EXTENSION DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO GANADOS POR PRESCRIPCIÓN.

Es este un tema que la mayoría de las sentencias se ven obligadas a abordar y es que, en realidad, el mismo supone el punto neurálgico de la coordinación de los aprovechamientos de aguas en Galicia, con toda la conflictividad que ello comporta, a fin de dar al agua el uso más amplio y evitar los intereses egoístas, cuando no bastardos, y ello es lógico, ya que la forma más común de riego es la del aprovechamiento de la tupida red de arroyos y regatos que aquí existen, dándole a esta tierra su fisonomía característica.

El más reiterado supuesto que contemplan las sentencias es el de la pugna entre el que ha ganado por prescripción el derecho a aprovechar esas aguas públicas y quien, posteriormente, pretende también aprovecharlas en un punto anterior en su curso, para declarar que en tales casos, como dice la Sentencia de 30 de noviembre de 1948 y reiteran una verdadera multitud de ellas, «que acreditado el derecho preferente a la utilización de las aguas, ganado por prescripción de veinte años, puede el propietario de otro predio superior derivar, en principio, las que excedan del aforo que pericialmente se considere bastante para regar el inferior», pues, como razona la sentencia de la Sala Primera de 25 de enero de 1969, «no se puede olvidar que ni en el Código Civil, ni en la Ley de Aguas, el dominio ha de entenderse como suma total e íntegra de los poderes que pueda tenerse sobre una cosa con carácter exclusivo y excluyente y el aprovechamiento de las aguas de dominio público es expresión menos amplia, mediante la cual se trata de cohonestar o armonizar el derecho del titular con otros de diversa condición y extensión, atribuidos a los usuarios o a los titulares de aprovechamientos y

que pueden ganarse por concesión administrativa o por prescripción, dentro de un régimen de coordinación legal y por ello, acreditado por el actor el derecho a la utilización de las aguas, adquirido por prescripción, ningún otro propietario de un predio superior podrá derivar aguas que perturben al inferior, pero sí podrá aprovechar las que excedan del aforo que pericialmente se considere bastante para regar el inferior, es decir, pueden aprovechar las aguas del curso del río si no interrumpen o perjudican las que necesita el inferior, cuya cuantía viene determinada por el uso y la concesión y por eso, concluye, si bien procede declarar que el demandante tiene derecho indefinido al aprovechamiento de esas aguas públicas, ello no quiere decir que ese aprovechamiento ha de ser de todas las aguas del río, cuando son superiores a las que realmente usa y vino necesitando», ya que, como razona la Sentencia de la Sala Segunda de 25 de septiembre de 1979 que hace cita expresa de la mayoría de las sentencias de la Audiencia que siguen esta doctrina, «según el artículo 409 del Código Civil, los límites de ese derecho ganado por prescripción son sólo los que resulten del modo y forma en que se haya usado de las aguas, es decir, la satisfacción estricta de la necesidad sentida por el prescribiente en la forma y medida en que la ha ganado... toda vez que lo contrario, limitaría los derechos de esos terceros e iría en perjuicio de los intereses generales, al impedir la compatibilización de los aprovechamientos sin beneficio de nadie». Por lo que también otras sentencias declaran, que no es lícito al que ganó el aprovechamiento por prescripción intentar variar la forma y extensión de su derecho en perjuicio de otro que posteriormente, por no causarle daño, haya comenzado otro aprovechamiento aguas arriba del suyo y así la sentencia de 30 de marzo de 1948 dice «que habiendo adquirido el demandado su finca en el año 1940 (por tanto sin el transcurso de veinte años) no pudo ganar por el uso el derecho a regarla en mayor extensión que su causante, ni a practicar el riego durante todo el año, en lugar de hacerlo como su causante en los meses de estiaje».

Ahora bien, esta compatibilidad de aprovechamientos presenta en la práctica judicial el importante problema de si es el que se opone al nuevo, quien ha de probar que éste le perjudica al suyo o ha de ser el que pretende el nuevo quien ha de probar que no causa perjuicio al anteriormente ganado. Aquí las sentencias son contradictorias, pues mientras unas se inclinan por la

primera solución, otras aplican la segunda, aun cuando no puede olvidarse, como agudamente hace notar Puig Brutau, que el «obiter dicten» de las sentencias nunca puede separarse del caso concreto que resuelven para indagar el auténtico sentido y razón de ser del fallo.

Siguieron el criterio de que el que pretende el nuevo aprovechamiento ha de probar su inocuidad para con los anteriormente ganados, las sentencias de 13 de mayo de 1946, 30 de mayo de 1948 y de 11 de julio de 1951, expresando la primera de ellas en justificación de su postura y ante la alegación del demandado de que el derecho a tomar las aguas de un cauce público lo concede la Ley sin más limitaciones que el perjuicio que se pueda causar a otro legítimamente adquirido, por lo que se traspaasa el «onus probandi» al que quiere impedir el nuevo aprovechamiento, «que esa doctrina no puede ser aceptada, pues con ella se olvida que ese principio o norma, con que la Ley persigue armonizar el interés privado con el público o conveniencias de la riqueza agraria, es el que el demandado quebranta, quien, ante la alegación del actor, regante reconocido, era a él a quien incumbía la defensa de lo que sostiene y, al amparo de tal principio, justificar que, pese a las aguas por él aprovechadas, el caudal restante cubría suficientemente las necesidades del predio que el demandante beneficia, en el tiempo y en la extensión que en su escrito precisa y en consecuencia, sin título escrito ni prescripción en que apoyarse, al reducir el caudal que el demandante utiliza, no constando otra cosa, se presume que tal derivación a éste perjudica y más (y ésta pienso yo, sería la razón de fondo) procediendo las derivadas de un caudal que por su escasez en estiaje obligó a establecer el turno que se viene observando».

Siguen, por el contrario, la otra solución, es decir, que quien invoca que la nueva captación aguas arriba de la suya lesiona su derecho, lo ha de probar, entre otras, las sentencias de 19 de febrero de 1945, 13 de diciembre de 1950, 9 de abril de 1951, 11 de julio de 1951 y mucho más claramente las más modernas de esta Audiencia, como son las de 26 de febrero de 1977 (Sala Primera), de 18 de octubre de 1978 (Sala Segunda), 14 de noviembre de 1979 y 21 de mayo de 1980 (Sala Segunda), siendo paradigma de claridad en este aspecto la citada sentencia de 9 de abril de 1951, al declarar que «mientras no se justifique que dicho demandado con las obras distraiga aguas del regato,

que impidan el normal y necesario riego de la finca de la actora y su completa fertilización, no puede prohibírsele al demandado que, como dueño de su finca, lleve a cabo las obras de captación para ampliación de la zona regable, que tenga por conveniente siempre y cuando no perjudique los derechos del actor al riego de su finca».

La opinión del que os habla se inclina por esta última solución y así expresamente se dice en alguna de las sentencias citadas en las que fui Ponente.

¿Cuál es la razón de tal postura? Una decisiva y es que el derecho al aprovechamiento de aguas públicas es un principio general establecido por la Ley, en concordancia con el destino que esos bienes tienen, el cual solamente ha de sufrir limitación si con él se causa daño a otro aprovechamiento anterior legalmente ganado, por lo que, y ello ya en el terreno procesal, cuando el titular del anterior aprovechamiento pretenda el amparo judicial, para que el del nuevo prescinda del suyo, invocando que le causa daño, es decir, un hecho obstativo al derecho del demandado, persiste en toda su integridad el principio de que a él incumbe probar ese hecho obstativo. Ciertamente puede haber casos en que el daño, de existir, sea irreversible, pero para esos supuestos actuará la sanción de la indemnización de daños y perjuicios, aun cuando hay que reconocer que en estos supuestos las sentencias son, quizás, extremadamente rigurosas en la exigencia de su prueba, como lo hizo la sentencia de 2 de junio de 1944 que, ante la petición de indemnización de daños y perjuicios, por no poderse volver a su estado anterior el caudal del agua a causa de haberse abierto la galería de una mina, desestimó la demanda por no constar cuál era el aforo que ese caudal tenía antes de las labores de minería, afirmando que tal dato era de todo punto necesario para fijar cuál había sido la disminución, cuando creo que bastaría la prueba de la merma de la extensión o de la intensidad del anterior regadío o, incluso, la merma de la producción de las fincas regadas, pues cada día cobra más predicamento en el campo del Derecho la tendencia a la objetivación del lucro cesante.



### **III.— SOBRE SI FORMAN SIEMPRE COMUNIDAD EN CUANTO A LAS AGUAS LOS DUEÑOS DE LOS SUCESIVOS PREDIOS QUE ESTAS RIEGAN EN SU CURSO.**

Es este un problema que también se plantea ante los Tribunales con relativa frecuencia, incluso muy recientemente, lo que induce a pensar que se trata de una situación jurídica insuficientemente clarificada, pese a lo reiterativo de la Audiencia al respecto, ya que la sentencia de la Sala Primera de 11 de noviembre de 1959 denegó la petición de prorrateo de unas aguas que venían usándose sucesivamente por los distintos propietarios de las tierras por las que iban discurriendo, afirmando que en tal petición se partía de que en ese supuesto hay una comunidad sobre las aguas, pero que no debe ser confundida la concurrencia de derechos de diverso rango y entidad, con la comunidad en sentido técnico y específico, caracterizada por la existencia de una pluralidad de sujetos llamados a la utilización y disfrute de la cosa de modo simultáneo y no sucesivo, que ostentan titularidades de idéntico contenido cualitativo, es decir, de la misma naturaleza, aunque se puedan diferenciar en la porción cuantitativa y la sentencia de la Sala Segunda de 17 de abril de 1967, también afirmó, que los dueños de las fincas que las aguas van regando en su curso no pueden actuar, cuando pretenden defenderse de perturbaciones a sus derechos, además de en nombre propio, en beneficio de una pretendida comunidad, integrada con los demás propietarios de las tierras regadas con esas aguas, por no existir entre ellos un concurrente derecho dividido en cuotas abstractas e ideales, en los términos que exigen los artículos 392 y 393 del Código Civil y por que, al tratarse de aguas públicas, según el artículo 408 número 1 y 412 del Código Civil y artículo 5.º de la Ley de Aguas, «cada titular dominical de esos fundos consecutivos utiliza privadamente para sí, con

total autonomía, las aguas sobrantes de los riegos superiores preferentes» y continúa, de forma esclarecedora «sin que se atisbe al respecto que se hubiera establecido nunca entre los utilitarios convenio de distribución, turno o reparto del caudal, susceptibles de originar un estado de indivisión en el goce disponible de aquél», que ya habían sido también los requisitos exigidos, para que pudiera estimarse existente comunidad sobre el agua, según la sentencia de 30 de marzo de 1948, la que, a su vez, había añadido, que no es preciso que la partición o reparto de las aguas se haga por horas, días o tiempo determinado, pues puede hacerse también por división del cauce común en tantos cauces como fincas a aprovecharlas haya, mientras que la sentencia de 22 de octubre de 1945 declaró que «divididas las aguas por tiempo y no estableciéndose en la partición derecho alguno sobre las que pudieran resultar sobrantes del aprovechamiento de cada partícipe, es indudable que, aunque se hayan calculado las horas de cada uno en relación con la superficie que venía regando, nada se opone a que cualquiera de ellos, durante las horas de su aprovechamiento, amplíe el uso de las aguas a otros terrenos en que sea posible utilizarla para riego, sin abrir nuevas derivaciones del cauce común, ni hacer en el mismo modificación alguna o realizar fuera de él obras que afecten a su estado y a su uso, ya que ello, concluye, es un efecto natural de la partición conforme al artículo 1.068 en relación con el 406 del Código Civil».

Por lo tanto, no sólo habrá comunidad en los supuestos del artículo 228 y siguientes de la Ley de Aguas, sino que también civilmente la habrá en todos aquellos casos en que aparezca probado que entre los utilitarios de las aguas existe un convenio para su distribución, turno o reparto, cosa corriente en nuestro agro si las aguas son escasas, aun cuando no recurran a las normas administrativas, que imponen los citados preceptos de la Ley de Aguas para las llamadas Comunidades de Regantes y sus Sindicatos, por cierto, prácticamente desconocidos en Galicia, no sólo por la especial idiosincrasia de sus pobladores, sino también por el requisito de que el número de hectáreas regables con una corriente de agua no baje de doscientas, siendo de añadir, que estas Comunidades de Regantes, constituidas al amparo de la Ley de Aguas y de una prolija legislación administrativa, más que verdaderas comunidades civiles ordinarias son personas jurídicas públicas, de interés general y con personalidad jurídica

propia, ya que es la Administración Pública quien las promueve con el carácter de órganos delegados suyos y de cooperación administrativa oficial, en palabras del Real Decreto de 17 de enero de 1911 que las regula.

La distinción, pues, de si se está en presencia de una comunidad civil de regantes (aguas partidas o prorratedas, según expresión popular), o de una comunidad de regantes de las indicadas, es de la máxima transcendencia operativa judicial, ya que, así como en las primeras cualquier condómino puede accionar en su defensa ante los Tribunales, en las segundas, sólo pueden hacerlo sus órganos de gestión o de gobierno, que son los Sindicatos, según el número 1 del artículo 237 de la Ley de Aguas.



#### **IV. — SOBRE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE AGUAS.**

Aunque parezca extraño, dado el texto de la Ley de Aguas y los múltiples Decretos competenciales, aún hoy día se sigue cuestionando, a veces, la competencia de los Tribunales ordinarios en esta materia, por la vía de la excepción de incompetencia de jurisdicción, cuando no por el planteamiento por la Administración de conflictos jurisdiccionales. La Audiencia abordó reiteradamente este problema, siendo muestra de ello las sentencias de 8 de julio de 1941, 31 de diciembre de 1943, 30 de noviembre de 1957, 26 de mayo de 1961 y 25 de enero de 1969, poniendo de manifiesto, que ni el artículo 226 de la Ley de Aguas, que regula la policía de las aguas que sigan teniendo el carácter de públicas, ni el artículo 227 de igual Ley, que se refiere a la vigilancia de la Administración sobre las privadas en cuanto afecte a la salubridad pública, suponen incompetencia de la jurisdicción ordinaria para conocer sobre problemas de aguas inicialmente públicas, pero con fundamento en un título civil, cual es la prescripción de veinte años, «toda vez que las cuestiones que ajenas al aprovechamiento de aguas públicas, afectan en puridad al dominio, posesión o aprovechamiento de aguas que, siendo inicialmente públicas han pasado a tener carácter privado por vía del modo adquisitivo de prescripción, que ampara el número 2 del artículo 409 del Código Civil son de la competencia de los Tribunales ordinarios, a tenor del número 1 del artículo 254, número 2 del artículo 255 y número 3 del artículo 256 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 y esto es lógico, ya que, según tiene declarado la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en sentencias de 27 de diciembre de 1892, 30 de septiembre de 1896, 10 de junio de 1921, 20 de junio de 1928 y 18 de diciembre de 1930 y la Sala Primera de dicho Tribunal en sentencias de 31 de enero de

1906 y 12 de octubre de 1912 y múltiples Reales Decretos decisores de competencia, las aguas públicas, cuando el aprovechamiento de las mismas se gana por prescripción, pasan a tener la consideración de privadas las precisas para ese aprovechamiento que son derivadas de su curso, aunque éste siga siendo público, lo que comporta la aplicación del artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El tema más polémico en esta materia competencial es el de los interdictos posesorios, pero aun en esto, la Audiencia mantiene la competencia de la jurisdicción ordinaria, manifestando la sentencia de 8 de julio de 1941 que «amparándose el actor, al promover al interdicto de recobrar la posesión, en un título de derecho civil, como es el estado posesorio mantenido más de veinte años sobre las aguas que fertilizan sus prados y probado que esa posesión sólo es contradicha por los actos de los demandados, no puede menos que estimarse que la cuestión debatida se ventila entre particulares y es de carácter civil, por lo que la competente es la jurisdicción ordinaria, conforme a los artículos 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 254 y 255 de la Ley de Aguas, sin perjuicio de las facultades que correspondan a la Administración en la higiene pública». Por otra parte, es de resaltar que las sentencias decisorias de interdictos posesorios sobre aguas, cuales son entre otras, las de 27 de junio de 1942, 13 de febrero de 1951, 31 de diciembre de 1952 y 13 de abril de 1956 (como veis, todas antes de producirse la despoblación del campo gallego por la emigración) consecuentes con la naturaleza de ese tipo de juicios, sólo exigen al actor la prueba de que viene ejercitando, de manera estable y de hecho, el contenido propio del derecho de aprovechamiento, sea éste existente o no.

## V.— SOBRE LA ACTUACION DE LAS LLAMADAS DISTANCIAS ÁTICAS.

Es éste, quizás, el punto en que la Ley de Aguas está sometida a más duras críticas, ya que es opinión técnica generalizada, que todas las aguas subterráneas, por lo menos dentro de cada cuenca, forman una sola masa hídrica, que, por virtud de la ley de su comunicabilidad, hace que un alumbramiento realizado a varios kilómetros de distancia de otro provoque indefectiblemente una merma del caudal del que se nutre, con lo que las prevenciones que la Ley de Aguas pretendió tomar, al imponer estas distancias áticas, realmente quedan en entredicho en cuanto a su validez, máximo en una región de una concentrada orografía y con muy próximos cambios de declive de las tierras y, por tanto, de sus inmediatas capas freáticas, por cuya razón voces autorizadas, como fue la conclusión tomada al respecto en el Primer Congreso de Derecho Gallego, preconizan la supresión para Galicia de esas distancias, instauradas con base en terrenos de diferente configuración, dejando salvaguardados los derechos de terceros, si prueban que se les causa perjuicio. El tema, como vemos, es de «lege ferenda» e indudablemente desborda el objetivo de este discurso, no obstante he de señalar que varias son las Sentencias de la Audiencia, que, a través del «obiter dicten», muestran su disconformidad doctrinal con la persistencia de esas distancias áticas entre aprovechamientos, que muchas veces no son más que amparo de torpes intereses o rivalidades, pero que en obligado acatamiento a la Ley vigente las aplican, aunque, eso sí, exigiendo al que las invoca una prueba rigurosísima de que su aprovechamiento es real y efectivo, es decir, que se trata de un auténtico manantial o captación y no de una simple poza o charca, sin venero propio.





## **VI.— SOBRE EL CONCEPTO Y EFECTOS DE LOS LLAMADOS APROVECHAMIENTOS EVENTUALES.**

Es esta una materia que también abordan varias sentencias, sobre todo la de la Sala Primera de 11 de octubre de 1960, que hace un estudio tan detenido de ese complicado concepto legal, que, pese a su extensión, quiero leer, por lo menos, sus partes más interesantes y así vemos que, después de reconocer que es peligroso definir en materia legal, cuando la complejidad de las relaciones escapa a los términos precisos de un concepto encerrado en el circuito de una fórmula y que, por eso los redactores de la Ley de Aguas huyeron de las definiciones, por lo que no se encuentra en la misma nada que esclarezca concretamente el concepto de lo que es un aprovechamiento eventual, afirma que «es esencial determinarlo, porque en él radican y de él se derivan todos los derechos que se asientan en el hecho simple de aprovechar las aguas, siendo ese hecho jurídico, el que cae dentro de las leyes y está regulado, puesto que su efectuación liga dos bienes inmuebles que son: la corriente de agua... y el predio o fundo, asimilándose a una actuación de naturaleza real, no obstante lo cual no es posesión natural o civil, tiene caracteres de posesión en nombre propio y simultáneamente de precario, crea derechos y no es fundamento jurídico, sino causa ocasional de ellos: el aprovechamiento eventual de la Ley de Aguas, continúa diciendo, es una figura extraña a las contenidas en el derecho común, debiendo hacerse notar que como aprovechamiento, el eventual, no difiere esencialmente de los demás, consistiendo en la aplicación útil del agua, porque el aprovechamiento se confiere en razón a la utilidad, concepto inherente al de aprovechar, y, porque si la aplicación fuera medio de ocupar o retener independientemente del aprovechamiento, se daría acceso a una for-

ma de adquirir sin utilidad inmediata sobre lo que se destina, desde luego, a producirla, siendo precisamente el fundamento de todas las disposiciones en la materia el reparto de la utilidad por la regla del aprovechamiento y continúa, el adjetivo eventual determina en el sustantivo la accidentalidad, el acaso, y en su doble acepción de suceso incierto de ganancia posible unido al sustantivo aprovechamiento, da una idea clara y expresiva de la utilidad que se obtiene de una cosa por una circunstancia, no siendo esa circunstancia una condición sino una causa ocasional del hecho... desprendiéndose de lo expuesto que es incompatible el concepto jurídico de posesión con el de aprovechamiento eventual, porque la posesión requiere certidumbre y continuidad, no obstante lo cual, cuando las circunstancias se repiten y el hecho se reproduce periódicamente y ciertamente, aunque no se cree un estado posesorio, porque la ocupación originaria no produce situación de carácter cierto y continuo, da lugar a un estado similar que, al no ser interrumpido, se eleva a derecho, de suerte que el aprovechamiento eventual, ni dimana de posesión, ni crea estado posesorio y no obstante, repetido durante un cierto número de tiempo sin interrupción, da nacimiento a un derecho que se llama en la Ley de Aguas «aprovechamiento» y que, considerado en sí, es extraño al derecho, o, mejor, un acto sin sustancia jurídica; mas si se atiende a la causa ocasional del mismo, al motivo de su ejecución, es decir, a la facultad de realizarlo, el nexo lo caracteriza de derecho, la cópula de la facultad y el hecho, da vida jurídica que se llama muy acertadamente aprovechamiento, de tal forma que conforme a nuestro Derecho Positivo, el derecho de aprovechar indefinidamente aguas pluviales así como las discontinuas que nazcan en predios públicos o privados se adquiere por los dueños de los predios inferiores, cuando las vinieren utilizando sin interrupción por tiempo de veinte años, no pudiendo privarles del aprovechamiento los dueños de los predios superiores ni aun en el supuesto de que el aprovechamiento referido por parte de los inferiores no alcanzara a los veinte años, con tal que se hubieran anticipado en un año y un día a usar las aguas... y es que la legislación de aguas se ha salido de los moldes históricos del concepto y atributos del dominio y ha atendido principalmente a la explotación de ese elemento de riqueza y con ese motivo ha llegado a sentar como básica la premisa de abandono en el propietario que no aprovecha las aguas o de la parte que no aprovecha, es más, conti-

núa, aunque las aguas fueran propias, aguas alumbradas, encauzadas por el dueño del predio, mientras éste las aprovecha son «ius in re aliena», sujetas en su adquisición y forma a las prescripciones del Código Civil pero abandonadas durante el lapso de tiempo previsto en la Ley a su curso natural, toman la condición de aguas naturales y no pueden distraerse ya por el alumbrador, porque surgen los derechos en potencia a que se hizo referencia y sobre ellos se adquieren aprovechamientos protegidos por el derecho».

Por último, quiero exponer cuál es la postura de la Audiencia ante el grave problema que plantea el hecho de que los servicios del IRYDA, antes llamados de Concentración Parcelaria, omitan en sus labores de ordenación territorial la regulación del régimen de las aguas de riego existentes en las zonas por ellos concentradas.

La cuestión, para cualquiera que conozca nuestro campo, es grave y ha dado lugar a que, una vez terminadas las labores de concentración, se produzcan múltiples pleitos, cuando lo esperable era una mayor paz jurídica, pues ¿qué pasa cuando una persona que antes de la concentración llevaba aguas por sobre fincas suyas, para regar otra finca también suya, se encuentra con que la persona a quien se adjudicaron esas fincas, que antes soportaban el acueducto, se niega a seguir tolerando ese gravamen con base en el hecho de que en el título de propiedad de sus fincas de reemplazo nada se le impuso al respecto?

El tema, como veis, es jurídicamente muy sugestivo. La sentencia de la Sala Primera de 15 de abril de 1972 aborda el problema y lo supera muy valientemente, haciendo un detallado estudio del principio «nulla res sua servit» o «nemine res sua servit», para llegar, en síntesis, a afirmar la posibilidad del fenómeno «iure in re proprio» en el actual Derecho, al igual que hace el Código Civil suizo, al permitir establecer una servidumbre sobre fundo propio en favor de otro también suyo es decir, que el propietario de dos fincas pueda constituir entre ambas una servidumbre o derecho real limitado, pues, afirma, la admisión de derechos reales limitados en cosa propia nace en el tráfico jurídico de la vida moderna como una necesidad y ampliación de la teoría del negocio jurídico, que justifican situaciones de hecho o actitudes relevantes en las relaciones unilaterales, capaces de trascender de la esfera del poder del propio derecho de dominio sobre las cosas, pues, la organización del derecho de propiedad

con un sentido trascendente y social también tiene sus repercusiones cuando el propietario va más allá de sus propias necesidades, con previsiones que pueden beneficiar la explotación racional y funcional de los inmuebles, no sólo en provecho propio, sino con alcance para terceros, cual acontece con la Concentración Parcelaria como institución jurídica, cuyo artículo 65 del Texto Refundido de 8 de noviembre de 1962, dice «las servidumbres prediales serán extinguidas, conservadas, modificadas o creadas, de acuerdo con las exigencias de la nueva ordenación de la propiedad» y que en este sentido el servicio de Concentración Parcelaria entendió «que no debía alterar y no lo alteró, el régimen de aprovechamiento de las aguas ni sus conducciones».

Como vemos, la Sentencia, con verdadero espíritu pragmático, para evitar que quien aportó una finca suya como regadía y que como tal se le adjudica en el reemplazo, vea lesionado su derecho por la negativa del nuevo propietario de una anteriormente suya y por la que conducía el agua para el riego de aquélla, so pretexto de que en la reorganización de la propiedad no se le gravó con servidumbre y que antes no lo podía estar por aplicación del principio «nulla res sua servit», trasplanta al campo del Derecho Civil conceptos y principios introducidos y aceptados en el moderno Derecho urbanístico, cuales son las servidumbres instauradas entre las distintas parcelas y solares de un barrio por el único propietario de todas ellas, al elaborar un plan unitario de parcelación del terreno de que aquéllas proceden.

Realmente este y otros problemas, que aquí no podemos tratar por falta de tiempo, se provocan por negarse sistemáticamente los servicios de Concentración Parcelaria, por meras razones de simplificación de la problemática con que en Galicia se encuentran, a distribuir las aguas existentes y a convalidar o variar expresamente sus acueductos. Indudablemente se hace así más fácil su función, pues se limita a dar por bueno que una finca que se viene regando es de regadío, téngase o no derecho para ello y, por lo tanto, devuelve al aportante la misma superficie o más o menos, según los índices correctores que aplique para cada clase de tierra aportada, sin entrar a señalar por dónde ha de ir el agua para las que califica y devuelve como regadías. Pero así, al entregar las nuevas parcelas sin la más mínima referencia a las servidumbres de acueducto abre la mayor posibilidad de que los nuevos adquirentes de las fincas por las que antes pasaban dichos acueductos quieran liberarse de esa si-

tuación no declarada, provocando así muchos pleitos, con olvido de que uno de los principales fines, que dicho servicio Estatal tiene asignado, es el de cooperar a la paz campesina, al mismo tiempo que a la mejora estructural de la propiedad rústica, que, justo es reconocerlo, desarrolla con verdadero entusiasmo y eficiencia.

Y esta es, señoras y señores, la rápida visión panorámica de la doctrina de la Audiencia Territorial de La Coruña, en varios de los conflictivos temas que plantean los aprovechamientos de aguas en Galicia y que yo he escogido para este discurso, pese a lo árido y excesivamente concreto que resulta, por querer, como antes dije, rendir público tributo de admiración al esfuerzo doctrinal que los Magistrados de la misma muchas veces tuvieron que hacer, para adaptar una Ley general, en muchos supuestos no contempladora de las peculiaridades de la tierra gallega y de su problemática y pensando, también que esta Academia es, como su título indica, en primer lugar, de Jurisprudencia Gallega.

Y, termino, deseando haberlo conseguido en algún modo y dandoos las gracias por vuestra atención.



**II**

**CONTESTACION**

DEL EXCMO. SEÑOR

**DON EMILIO GONZALEZ LOPEZ**





Quiero dar las más expresivas gracias a mi buen amigo don Manuel Iglesias Corral, Presidente de esta docta Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, por haberme encomendado la presentación de su nuevo miembro don José Antonio García Caridad, distinguido Magistrado de esta Excma. Audiencia Territorial de La Coruña, con quien me unen estrechas relaciones personales por sus familiares, y a quien tengo en alta estimación y respeto por su competencia en materias de Derecho y el espíritu de acrisolada justicia que ha mostrado en toda ocasión en el desempeño de su cargo.

El coruñés José Antonio García Caridad se licenció en Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela.

Ingresado en la Carrera Judicial, desempeñó los Juzgados de Corcubión, Cervera de Pisuerga y Carballino y como Magistrado los de Málaga, El Ferrol y La Coruña. Más tarde pasó de Magistrado a la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, en donde continúa.

Es autor de diferentes trabajos jurídicos, algunos dedicados al estudio y problemática de los Montes Vecinales en mano común, y ha pronunciado diversas conferencias en la Universidad compostelana.

Está en posesión de la Cruz de San Raimundo de Peñafort y de la Encomienda de Número de la Orden del Mérito Agrícola por sus trabajos sobre los Montes Vecinales.

Y mi satisfacción por esta presentación es todavía mayor por el tema que va a tratar el señor García Caridad en su Discurso de Ingreso en esta Academia: «La Audiencia Territorial de La Coruña ante la problemática de los aprovechamientos de aguas en Galicia», por presentar en él uno de los aspectos de la singularidad jurídica de Galicia en el que se manifiesta tanto la realidad física particular de nuestra tierra en materia de aguas como el

carácter solidario de nuestro pueblo que permite resolver más fácilmente los problemas que se plantean con motivo de estos aprovechamientos.

La peculiaridad climatológica y geográfica de Galicia es sumamente singular en materia de aguas, pues, en contraste con la mayor parte de las otras regiones españolas del Centro, Este y Sur de la península, que padecen sistemáticamente sequías y son pobres en agua, Galicia es continuamente regada con gran generosidad por los cielos a lo largo de las cuatro estaciones del año, sobre todo en el otoño, invierno y primavera sin dejar de recibir sus lluvias en el verano; y si Galicia sufrió en siglos anteriores años de hambre, no se debió la mayor parte de las veces a falta de agua, sino, por el contrario, a las excesivas lluvias que anegaron los campos cultivados y arruinaron en ellos las cosechas. Y por eso la servidumbre de aguas en Galicia es no sólo para recibir y aprovechar las de los predios vecinos sino para desaguar en ellos las aguas que anegan o encharcan un predio.

Y esta singularidad gallega en materia de aguas que se presenta en éste como en tantos otros aspectos de la vida social y económica de nuestro pueblo y de nuestra tierra, no está recogida en la legislación de una manera adecuada a ese carácter y necesidades, porque la Ley o leyes de aguas españolas fueron redactadas, como señala el señor García Caridad, por legisladores procedentes de las regiones con pobreza de aguas que eran las que demandaban con mayor urgencia esa legislación. Y ellos dictaron normas valederas para toda la península, incluyendo las regiones que, como Galicia, no tienen los mismos problemas y necesidades.

Y, por eso, como acertadamente indica el disertante le corresponde a la jurisprudencia, formada por las sentencias de la Audiencia Territorial de La Coruña en esta materia, en las que se combinan la competencia y experiencia de los Magistrdos que las dictaron con la de los Letrados informantes en los respectivos casos, subsanar los defectos y falta de las leyes generales españolas para ajustarlas a la realidad física y jurídica de Galicia. La jurisprudencia, que en los países de lengua inglesa, como en los Estados Unidos, en donde vivo desde hace ya casi medio siglo, tiene un valor de la máxima importancia como fuente del Derecho, le corresponde en los países de realidad disforme y legislación uniforme como es España, el importante papel de ajustar en lo posible las normas jurídicas generales, que se dictaron

sin tener a la vista el carácter y las necesidades de nuestra tierra, a su realidad física y jurídica; pues, como indica el señor García Caridad «los prácticos del Derecho contribuimos, en algún modo, a la matización y enriquecimiento de los conceptos jurídicos elaborados por el legislador, en íntima conexión con las creaciones de la doctrina científica, a la que muchas veces damos ese hálito vital, que las hace penetrar en el torrente de la vida real, saliéndose, así, de la torre de marfil en que se elaboran, aunque lo fuera estudiando y haciendo eco de aquella realidad viviente».

El tema del aprovechamiento de las aguas va creciendo, de día en día, con el progreso de la civilización y el desarrollo industrial de los pueblos. Y si ayer el agua era la corriente vital, fisiológica, como uno de los elementos esenciales de la alimentación, tanto de los mismos seres humanos como la de los animales y plantas de los que él vive, hoy va siendo cada vez más una de las principales fuentes de la energía que mueve la industria, en sus múltiples formas, sobre todo la de la energía eléctrica en la que Galicia antes rezagada marcha hoy a la cabeza de las otras regiones españolas. Pero ese progreso industrial con su aprovechamiento de las aguas o de simple desagüe de las que ellos producen, plantea, sobre todo, en las industrias químicas y en las eléctricas derivadas de la energía nuclear, una serie de graves problemas de contaminación de aguas residuales que se ha dejado sentir muy a lo vivo en los países más avanzados industrialmente, como los Estados Unidos, que hacen no sólo inútil sino peligroso el aprovechamiento o el simple desagüe de esas aguas contaminadas.

Destaca el Sr. García Caridad que a medida que va escaseando el agua en una región determinada, avanzan las regulaciones del Derecho administrativo, preocupado por la utilización colectiva de las mismas, desplazando las normas del Derecho Civil. En Galicia, con su plenitud de agua, el Derecho civil permanece como la fuente reguladora de las aguas privadas. El agua es un bien de interés y necesidad colectiva que es aprovechado por los dueños de los predios por donde pasa; y en estas formas de utilización de bienes de disfrute colectivo se manifiesta la solidaridad gallega, que es la expresión de su espíritu de convivencia, de comunidad, que quizá remonte su origen a los lejanos tiempos de los clanes y de las tribus que sobrevive entre nosotros en las parroquias.

Galicia, donde la supervivencia de las formas más sencillas del aprovechamiento en común de los bienes colectivos se presenta aun hoy como viva en el disfrute de los montes en mano común, que en tiempos lejanos debió extenderse a otros disfrutes y aprovechamientos en nuestro campo, se ha ido convirtiendo por la fuerza de un derecho ajeno, introducido en ella ya hace muchos siglos, en el país de la propiedad más individualizada de España, del minifundio, el cual, en un país como el nuestro de gran abundancia de agua, se convierte en un semillero de servidumbres de aprovechamiento de agua entre los predios vecinos. Pero si las leyes que fragmentaron e individualizaron a lo máximo la propiedad del campo gallego, destruyendo en él las formas simples y sencillas de la vida comunal gallega, reflejo de sus más antiguas instituciones y estructura social, mostraron sin embargo, el espíritu de comunidad y solidaridad humana que las animaba, espíritu que se manifiesta en cuantas ocasiones se le presentan; y una de ellas es justamente el aprovechamiento de aguas, en el cual los que lo utilizan forman una auténtica comunidad de regantes, más de hecho que de derecho, constituida por los dueños de los predios vecinos. A esta comunidad natural dedica una especial atención en su disertación el Sr. García Caridad, al contrastar esa comunidad de hecho con la de derecho que funciona en la regiones o comarcas donde escasea el agua. Refiriéndose a esta comunidad nos dice García Caridad: «no solo habrá comunidad en los supuestos del artículo 228 y siguientes de la ley de Aguas, sinó que también la habrá en todos aquellos casos en que aparezca probado que entre los utilitarios de las aguas existe un convenio en su distribución, turno o reparto, cosa corriente en nuestro agrario si las aguas son escasas, aun cuando no recurren a las normas administrativas, que imponen los citados preceptos de la ley de Aguas para las llamadas Comunidades de Regantes y sus Sindicatos, por cierto, prácticamente desconocidos en Galicia, no solo por la especial idiosincrasia de sus pobladores, sinó también por el requisito de que el número de hectáreas regables con una corriente de aguas no baje de doscientas, siendo de añadir, que estas Comunidades de Regantes, constituídas al amparo de la Ley de Aguas y de una prolija legislación administrativa, más que verdaderas comunidades civiles ordinarias son personas jurídicas públicas, de interés general y con personalidad jurídica propia, ya que es la Administración Pública quien las promueve con el carácter de órganos dele-

gados suyos y de cooperación administrativa oficial, en palabras del Real Decreto de 17 de enero de 1911 que las reguló».

A través de todo el discurso del Sr. García Caridad sobre la problemática de los aprovechamientos de aguas en Galicia teniendo a la vista la jurisprudencia de la Audiencia Territorial de La Coruña, corren constantemente paralelas dos corrientes que lo animan: una, que es como el cuerpo del mismo, formado por la doctrina desprendida de la jurisprudencia en cuyo exámen revela el Sr. García Caridad su gran competencia jurídica en la materia, y su fino y agudo análisis; y otra, que es como el alma de esa doctrina, que es su constante preocupación por la búsqueda de la realidad espiritual gallega, enraizada en el carácter y en las tradiciones y costumbres de nuestro pueblo, que es un hondo sentido de interdependencia humana, de solidaridad y cooperación sobre todo en las faenas del trabajo, que se manifiesta en todas las formas de la vida gallega y de una manera particular en los aprovechamientos de aguas, los cuales sin ese espíritu, en un país de minifundios, serían una eterna fuente de conflictos jurídicos. Sólo con ese espíritu la servidumbre de aguas pierde el carácter de tal servidumbre para convertirse en cooperación y en convivencia.

El tema de la disertación del Sr. García Caridad: «La Audiencia Territorial de La Coruña ante la problemática de los aprovechamientos de aguas en Galicia», tiene además el mérito singular de señalar uno de los mejores caminos para la exploración y el conocimiento de la realidad jurídica gallega para un posible derecho foral de nuestra tierra que es el de la jurisprudencia procedente de las sentencias de la Audiencia Territorial de La Coruña, máxima institución de la organización de la Justicia en Galicia, cuya doctrina es el resultado de la confrontación de las leyes generales de España con la realidad viva gallega. Doctrina que a su vez es el resultado de la labor de los juristas más competentes y conocedores de esa realidad, los Magistrados de esa Audiencia Territorial y los Letrados que en ella han informado en los respectivos casos, por vivirla ambos y aplicarla los primeros.

Y señalado de este modo tan excelente camino cabe esperar que marchen por él otros juristas gallegos que se propongan explorar los más varios aspectos de la legislación civil española aplicada en Galicia a la vista de la realidad singular de nuestra tierra.

Esta disertación que agota la materia del aprovechamiento de aguas en Galicia no sólo tiene un valor doctrinal de excepcional mérito, sinó que, además, por su carácter pragmático será de gran utilidad para los Letrados y Magistrados.

## INDICE

	<u>PAGINAS</u>
INTRODUCCION Y PRINCIPIOS GENERALES . . . . .	7
CAPITULO I	
Sobre la naturaleza de los derechos de aprovechamiento de aguas . . . . .	17
CAPITULO II	
Sobre la extensión de los derechos de aprovechamiento gana- dos por prescripción . . . . .	23
CAPITULO III	
Sobre si forman siempre comunidad en cuanto a las aguas los dueños de los sucesivos predios que éstas riegan en su curso	27
CAPITULO IV	
Sobre la competencia en materia de aguas . . . . .	31
CAPITULO V	
Sobre la actuación de las llamadas distancias áticas . . . . .	33
CAPITULO VI	
Sobre el concepto y efectos de los llamados aprovechamientos eventuales . . . . .	35
CONTESTACION . . . . .	41